

《判例評釈》

- 一 親権者の代理権濫用の行為と民法九三条ただし書
- 二 親権者において子を代理してその所有する不動産を
第三者の債務の担保に供する行為と代理権の濫用

米 山 隆

平成四年二月一日最高裁判所第一小法廷判決（平成元年（第）第七五九号（根拠当権等抹消登記請求事件）民集四六卷九号二七二七頁——破棄差戻）

【判決要旨】 一 親権者が子を代理する権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が権限濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法九三条ただし書の規定の類推適用により、その行為の効果は子には及ばない。

二 親権者が子を代理してその所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、代理権の濫用には当たらない。

【事実】 X（原告・控訴人・被上告人）の祖父Aは、昭和五一年六月九日に死亡し、その遺産分割協議の結果、Xは本件土地等、また、Xの母であるBは賃貸中の集合住宅およびその敷地などを取得した（Xの父Cが、Aの法定相続人の一人であったが、Cも同年九月三日に死亡したために、Cの相続人であるXおよびBがAの遺産を直接取得した形態を選択したのだと思われる）。この際、Aの法定相続人の一人でXの叔父に当たるDが、Bの依頼を受けて、各登記手続を代行し、さらには、その後もBの取得した右集合住宅の管理をするなど、諸事にわたりBら母子の面倒をみていた。

さて、Dがその代表取締役を務めているE会社は、F銀行から事業資金の名目（実際は、Eがその下請の関係にあったG社に運転資金として融通する目的であった。DはG社から謝礼をもらっている）で二五〇〇万円を借り受けるにあたって、Y信用金

庫（被告・被控訴人・上告人）の信用保証を受ける必要があったが、その際、Yから不動産担保を提供するよう求められた。そこで、DはYに対して、本件土地を担保として提供する旨を申し入れるとともに、本件土地は未成年者であるX所有であり、その親権者はBである旨を伝えた。これを受けて、Yの担当職員が直接Bに会って担保提供の意思を確認し、Bから担保差入証の担保提供者欄に自署を受けたが、実際の契約書作成および登記手続はBからそれを許されたDが行い、昭和五八年一月九日に、被担保債権をYとEとの信用保証委託取引から発生する債権、極度額を三〇〇〇万円とする根抵当権が設定され、登記された。その後、翌年二月二日、ほぼ同様の経緯によって、極度額は四五〇〇万円に変更され、その旨登記された。

以上の事実関係のもとで、XはYを相手取って、右根抵当権設定登記の抹消登記手続をなすことを求めて、本件訴えを提起した。その論拠は、「親権者は、未成年者たる本人の財産を保護すべき責任があり、その代理権は本人の利益のために行使すべき義務がある」ところ、「本件土地は、Xが所有する唯一の不動産であり、他方訴外Eの債務はXとは全く関係のないものであるから、訴外BがXの代理人としてなしに根抵当権設定契約は、Xにとって不利益なものであり、したがって親権者が自らの義務に違反してなした代理行為であるから、「法定代理権を濫用してなされたもので無効である」というところにある。

第一審ではX敗訴。「訴外Eの債務を担保するため、根抵当権を設定することは、Xにとって不利益となることは明らかである、がしかし、単に本人たる未成年者に不利益になることのみをもって、親権者が未成年者を代理してなした法律行為が法定代理権の濫用となり無効であるとは解しえない。」とされた。

そこでXが控訴し、Yが事情を知っていたことを強調したところ、原審は控訴を容れ、Yに本件根抵当権設定登記の抹消登記手続を命じた。判決は、「親権者がなす財産に関する法律行為については、その制度、目的からして、当然に、その子自身の利益のためになされるべきことを要し、親権者自身又は第三者の利益のためになすが如きは、親権の濫用に該当し、許されないものというべきである」が、その法律行為が「当然に無効であると解すれば、親権者と取引をした第三者に対して不測の損害を被らせる結果となる場合も予想され、これらのことを勘案すると、右のような場合には、民法九三条但書を類推適用して、その取引の相手方において、親権者が自己又は第三者の利益を図る目的で代理行為を行うとの親権者の意図を知り又は知りうべかりし場合に限り、右代理行為は無効であって、その行為の効果は本人たる子には及ばないと解するのが相当である」として、最判昭

和四二年四月二〇日民集二一卷三三六九七頁を引用し、本件ではそのような事実が認められるから、「結局、訴外BとYとの間になされた右各行為は、親権の濫用として無効である」としたのである。

Y上告。

【上告理由】 まとめると次のとおり。すなわち、親権者が未成年者の不動産を第三者のために担保に供した、という事実さえ、貸付側が知っていれば無効となるというのでは、そのようなことは貸付側も知しているのが通常であることを考えると、結局、未成年者の不動産を第三者の債務の担保目的物とはできなくなるということに等しい。しかし、このことは、親権者と未成年者との間に利益相反関係がある場合でも特別代理人の選任によって未成年者の財産を処分できることになっていることとアンバランスである。

【判決理由】 「1 親権者は、原則として、子の財産上の地位に変動を及ぼす一切の法律行為につき子を代理する権限を有する（民法八二四条）ところ、親権者が右権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が右濫用の事実を知り又は知り得べかりしときは、民法九三条ただし書の規定を類推適用して、その行為の効果は子には及ばないと解するのが相当である（最高裁昭和三九年(特)第一〇二五号同四二年四月二〇日第一小法廷判決・民集二一卷三三六九七頁参照）。

2 しかし、親権者が子を代理してする法律行為は、親権者と子との利益相反行為にあたらぬ限り、それをするか否かは子のために親権を行使する親権者が子をめぐる諸般の事情を考慮してする広範な裁量にゆだねられているものとみるべきである。そして、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為は、利益相反行為に当たらないものであるから、それが子の利益を無視して自己又は第三者の利益を図ることのみを目的としてされるなど、親権者に子を代理する権限を授与した法の趣旨に著しく反すると認められる特段の事情が存しない限り、親権者による代理権の濫用に当たると解することはいかなるものというべきである。したがって、親権者が子を代理して子の所有する不動産を第三者の債務の担保に供する行為について、それが子自身に経済的利益をもたらすものでないことから直ちに第三者の利益のみを図るものとして親権者による代理権の濫用に当たると解するのは相当でない。

3 そうすると、……右特段の事情の存在について検討することなく、……BがXの親権者として本件各契約を締結した行為

を代理権の濫用に当たるとした原審の判断には、民法八二四条の解釈適用を誤った違法があるものといふべきであり、右違法が判決に影響することは明らかである。

4 以上の次第で、論旨は理由があり、原判決は破棄を免れない。そして、右の点について更に審理を尽くさせる必要があるから、本件を原審に差し戻すこととする。」

裁判官全員一致の意見で破棄差戻（橋元四郎平、大堀誠一、味村 治、小野幹雄、三好 達）。

【参照条文】 民法八二四条・九三条但書⁽¹⁾

本判決を批評するために、一、法定代理人の行為の限界、二、代理権の範囲とその濫用、三、未成年者に不利益をもたらす行為、四、法定代理権と表見代理及び権利の濫用の観点をとりあげる。

一、法定代理人の行為の限界

男女平等法の原則は親子関係も規律する。両親は未成年の子の福祉のために zum Wohle des Kindes 監護教育の権利を有し、義務を負う。⁽²⁾

行為無能力者のためには、その代りに法定代理人が法律行為を行う。しかし、この無能力者自身に単に法的利益のみをもたらす行為、あるいは、法定代理人が同意を与えた行為は、単独で行うことができる。⁽³⁾

通説は単に利益のみを取得しないという文言、“nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt” (§107BGB) を狭く解釈している。未成年者のための行為と何らかの法的な不利益がむすびつくならば法定代理人の同意を必要とする。利益が個々の事案において不利益を凌駕するかどうかは一般に問題でない。この狭い解釈は、利益・不利益の衡量と法律行為の締結は真に理解された未成年者の利益のなかにあるかどうかについての決定は法定代理人によってなされるべきであるという考えから承認される。この決定の際には経済的理由のみならず教育的理由も一つの役割を演ずることができる。それゆえこの決定は未成年者に委ねられてはならない。例えば、一六才の未成年者に中古のモーターバイクが手ごろと思わせる売買価格で提供されたとしても、一つのモーターバイクを占有することがこの若者にとって全発展に関して有利であるかどうか、また、そのために消費されるべき資力はおしかなすと他の仕入れのためによりよく使われるかどうかの問いかけがある。双務契約は単に法的利益のみをもたらすのではない。

けだし、それはつねに反対給付を義務づける。この義務づけにはそれをしばしば凌駕する利益が対立することはもちろんである。しかし、義務づけ自体は絶えず法的な不利益であり、同意を必要とする。行為無能力者が単に法的利益のみを取得する少数の法律行為の一部は次のようである。負担附でない贈与の承諾、免除契約の締結に対する申込みの承諾 (§ 397 Abs. 1)、負担を伴わない遺贈の承諾、無主物の先占 (§ 358, Abs. 1)。他人からの譲渡を通して行為無能力者は同意なく所有権を取得することができる。譲渡行為は無因性であるとすれば、それ自体で考察され、また、取得者には法的利益のみをもたらすからである。⁽⁴⁾

二、代理権の範囲とその濫用

代理権の範囲は原則的に授權行為の内容にしたがい、内部関係から発生する目的決定にしたがうのではない。このことは代理の解釈のために引用される。「店あるいは小売商店に雇われている者は販売と受取りを授權されていると考えられ (§ 56HGB)」。「このようなことはそのような店あるいは小売商では通常行われているところである」。他人を家とか地所の管理人に任命し、支店・支所の営業を委ねている人は、通例、代理権を授与し、この代理権は、委譲された課題を全うするために、そのような活動が通常伴う業務、あるいは、代理人が企図することができなければならないすべての行為を企図することを含むのである。代理権が広汎に及ぶべきでないとすれば、委任者が、委任された活動範囲に含まれる特定の行為を企図することを留保しようと欲するならば、代理権授与の際に明示しておかなければならない。代理権の範囲と代理人が法的に「できること」の範囲は内部関係から推定されうる「してよいこと」よりもより広く及ぶことができる。代理権は、第三者に対する作用効果を顧慮して、あきらかに認識されうる限界のみを承認する。それに反して、代理人が本人に対して内部関係にしたがってなすことが許容されることは、ある程度まで不確定に許るされ、そのつどの事情に依存させられることができる。AがBにその車を一〇〇〇マルク以下では売らないことを委任し、同時に代理権を与えるならば、代理権もまた最小限一〇〇〇マルクの代価の売却を含み、Bが当該の車を八〇〇マルクで売るならば代理権の範囲内で行為していないということが承認されることができる。しかし、AがBに、車を最もよい値段で売することを委任するならば、Bの代理権は売買価格に関しては制限されていないのであり、Aが最少限一〇〇〇マルクの価格を表示したとしても、制限されないものである。Bがその車を八〇〇マルクで売るならば、売買価格はBの代理権の範囲内にあるのでAにとって有効である。Bは、しかし、彼が車を最もよい値段で売することに努力しなかったならば、そして、彼が若干努力すればより

高い値段を取得することができたことが承認されるならば、BはAに対して委任の注意深い遂行のための義務を侵害していることにより損害賠償義務を負う。Bに附与された、売買価格に関して限定されていない代理権にもつき、車をAに対して八〇〇マルクの効果をもって売ることができ、車を最もよい値段で売る指示に関して、同様に、より高い値段を得んとつとめる事実上存立している可能性に関して、Bはこの車を八〇〇マルクの値段で売ってはならない。

代理人がその代理権を濫用しているということを、相手方が認識していた場合、あるいは、ただちに認識することができた場合、本人にとって効力を及ぼさない。内部関係から発生する代理人の義務拘束は、代理人によるその無視が相手方に対し認識されうる場合、代理権を制限する。代理権は内部関係に対し独立であることはもちろんであるが、それから完全に解放されているのではない。この分離は相対的である。⁽⁶⁾

三、未成年者に不利益をもたらす行為

未成年者の所有権取得、地所の取得、しかも地所の所有権と規則によって結びつけられた公法的な義務（土地税、公課）は疑われる。しかし、これらは同意を必要とすることはないが、その理由づけは容易でない。これらの義務は制定法にもとづいたり、あるいは、公法的な性質であるという点にみられるのではなくして、そのような公課は、通常、経常的な収益によってまかなわれることができ、単に出捐された土地所有権の価値のみを減少させるにすぎないという点にのみみられる。各々の法的な不利益は同意を必要ならしめるという原則は、利益を減少させるが、未成年者のそれ以外の財産（あるいは将来の取得）にとって危険でない不利益は顧慮されないままにとどまるといふように制限されなければならない。物的負担、例えば抵当権は地所の贈与の承認、物的な取得行為の承認と同様に同意を必要としない。ただし、物的負担は取得されたものの価値だけを減少させるが、取得者が彼のそれ以外の財産から履行しなければならぬ義務を理由づけることはなく、危険をもたらすものではない。未成年者が取得したものに關してさらされる不当利得返還請求権もまた顧慮されない。行為能力規定が適用される法律行為に類似している催告と瑕疵の通知には同意を必要としない。催告を通して債務者は遅滞におち入り（§384 BGB）、債権者の法的地位はよりよくなる。瑕疵の通知は瑕疵（除去）請求権の維持に役立つ。法的な不利益はこの行為とむすびつかない。⁽⁷⁾

四、法定代理権と表見代理及び権利の濫用

法定代理権に対して表見代理が適用されるかどうかにつき学説・判例は肯定している。⁽⁸⁾しかし、少数説は否定に解している。すなわち、「一〇九条は任意代理のみに適用され、法定代理には適用されない。一〇九条は、『代理権ヲ与ヘタル旨』と言って、代理権授与（法定代理については民法は「代理権」を（与えるということばを用いていない）を前提しているのみならず、本人が代理人を選任するということのない法定代理にあっては本人が代理権授与を表示するというに法律上の意味を認めることは不当だからである。」⁽⁹⁾と。また、法定代理権の範囲は法律によって規定されているので民一一〇条の越権代理は適用されない。

ところで、本判決は「……親権者が右権限を濫用して法律行為をした場合において、その行為の相手方が右濫用の事実を知り、又は知り得べかりしときは、民法九三条ただし書の規定を類推適用して、その行為の効果は子には及ばないと解するのが相当である」とする。これには疑問がある。行為無能力者と契約を締結し、または、彼に意思表示を交付する者は、相手方が行為無能力者であったことを知らなかったとしても、また、事情に応じて予測する必要はなかったとしても、保護されない。この事案は七才以下の子に発生することは殆んどあり得ないが、精神病者のもとで、あるいは、精神病のための行為無能力宣告（禁治産宣告・準禁治産宣告）の際発生することができ、これらの者は問題の行為の際正常に振舞ったのであった。行為無能力者によって、また、彼に対して交付された意思表示は彼を彼の行為の不利な結果に対してまもるべきであり、行為無能力者の保護は取引の保護に優先する。⁽¹⁰⁾行為の相手方に対して無過失責任を課している。

ところで、利益衝突の際、代理権の濫用の法理が有益である。相手方がこのような濫用を知り、また知らなければならぬとすれば、本人は拘束されない。代理権ははたらかない。

代理の効果を生ぜしめないために、相手方が代理権の濫用を知らなければならぬことで充分であるかどうかがおりおり疑われる。しかし、この疑問は、相手方が内部関係を調査する義務を負うということではないとすれば、意味を失う。例えば、支配人と契約を締結する者は、営業主の承諾を尋ねる必要はない。むしろ、知らなければならぬということは証明の事案 *Evidenzfall* のみの意味を与えるのであり、各々の理性的な人であれば代理権の濫用を知っていたであらうからである。^(§§169, 173, 179 III BGB)。このように理解すれば本人は訴訟が容易になり、代理権の濫用を証明しさえすればよいのであり、相手方が濫用を現実に知っていたということを証明する必要はないのである。⁽¹¹⁾

- (1) 道垣内弘人・民商法雑誌一〇八巻六号一二三頁以下。とくに加除する必要もなく大部分引用した。
- (2) Karl Larenz: Allgemeiner Teil des deutschen Bürgerlichen Rechts, 7., neubearbeitete Auflage, 1989, S. 67ff.
- (3) Karl Larenz: Ibid. S. 107.
- (4) Karl Larenz: Ibid. S. 107f. § 107. [Einwilligung des gesetzlichen Vertreters] Der Minderjährige bedarf zu einer Willenserklärung, durch die er nicht lediglich einen rechtlichen Vorteil erlangt, der Einwilligung seines gesetzlichen Vertreters.
- (5) Karl Larenz: Ibid. S. 615 f.
- (6) Karl Larenz: Ibid. S. 616.
- (7) Karl Larenz: Ibid. S. 108 ff.
- (8) 於保不二雄・民法総則講義(昭和廿六年)二四〇頁以下、我妻栄・新訂民法総則(昭和四十年)三六九頁、三七二頁以下。総合判例研究叢書民法⑧表見代理・後藤清(昭和三八年)五〇頁の肯定説参照。
- (9) 川島武宜・民法総則(一九六五年、昭和四〇年)三七三頁、三八六頁以下、道垣内・前掲書一二四頁参照、総合判例研究叢書民法⑧前掲書否定説参照。
- (10) Karl Larenz: Ibid. S. 106.
 本判決に疑問を提出しておられるのは、道垣内・前掲書一二四頁。吉田邦彦・判例特報一四六四号、判例評論四一六号四三頁以下。本判決と同旨であるのは、田中豊・ジュリスト一〇二〇号一〇四頁、福永礼治・法学教室一五三号一一三頁、右近健男・ジュリスト一〇二四号九四頁、田尾桃二・NBLN55五四頁以下、磁村保・金融法務事情N34五一頁、大伏由子・法学セミナーN43四二頁、石田喜久夫・法律時報六六巻三号一一六頁以下。
- (11) Dieter Medicus, Bürgerliches Recht, 12., neubearbeitete Auflage, 1984, S. 57f.
 § 169. [Kein Fortwirken gegenüber Bsgläubigen] Soweit nach den §§ 674, 729 die erloschene Vollmacht eines Beauftragten oder eines geschäftsführenden Gesellschafters als fortbestehend gilt, wirkt sie nicht zugunsten eines Dritten, der bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts das Erlöschen kennt oder kennen muß.
 § 173. [Kenntnis des Erlöschens] Die Vorschriften des § 170, des § 171 Abs. 2 und des § 172 Abs. 2 finden keine Anwendung, wenn der Dritte das Erlöschen der Vertretungsmacht bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts kennt oder kennen muß.
 § 179. [Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht] (1) Wer als Vertreter einen Vertrag geschlossen hat, ist, sofern er nicht seine Vertretungsmacht nachweist, dem anderen Teile nach dessen Wahl zur Erfüllung oder zum Schadensersatz ver-

pflichtet, wenn der Vertretene die Genehmigung des Vertrags verweigert.

② Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatze desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teile dadurch erleidet, daß er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat.

③ Der Vertreter haftet nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte. Der Vertreter haftet auch dann nicht, wenn er in der Geschäftsfähigkeit beschränkt war, es sei denn, daß er mit Zustimmung seines gesetzlichen Vertreters gehandelt hat.